

RESPONSABILIDAD POR INSOLVENCIA DE ADMINISTRADORES DE SOCIEDADES¹

Efraín Hugo RICHARD²

INDICE: I – INTRODUCCION. II – SINTESIS. III – EL PROBLEMA. IV – INSOLVENCIA Y RESPONSABILIDAD DE ADMINISTRADORES SOCIALES.

1. Cesación de pagos e infracapitalización. 2. Bien jurídico a tutelar. Desestimación de acciones de responsabilidad concursales y mayoría para legitimar su promoción. V RESPONSABILIDAD EN DERECHO SOCIETARIO. VI – ACCION INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDAD. 1. Dañofuera de ejercicio ordinario de la función. 2. Daño directo. 3. Patrimonio o capital insuficiente. 4. Extraconcursalidad de la acción. 5. La noción de dolo. 6. Daño resarcible. VII – EXTENSION DEL CONCEPTO DE ADMINISTRADOR. IX – LA ACCION DERIVADA. X. CONCLUSION.

I – INTRODUCCIÓN.

Respecto al “DERECHO DE DAÑOS” –motivo de la convocatoria- nos parece que transitamos una cuestión crucial: el daño generada por el incumplimiento, como lo señalamos reiteradamente en nuestras comunicaciones en el último Congreso Iberoamericano de Academias de Derecho³, refiriéndonos al incumplimiento planificado.

La cuestión centra también nuestro interés por su vinculación a la ruptura de la cadena de pagos generada desde el propio Gobierno y que afecta a toda nuestra comunidad cada vez con mayor intensidad desde hace varios años.

Es rol de las Academias de Derecho auditar el sistema jurídico como unidad. Abordamos la cuestión en el XI Encuentro, en Córdoba el año 1995⁴, cuando afirmábamos que “Es centro de debate la eficiencia del sistema jurídico” y que “El tema se encuentra vinculado a la ineficiencia del derecho que facilita una actitud masiva de incumplimiento”. También allí ubicábamos dentro de las relaciones de organización las sociedades y los concursos.

¹ Comunicación formalizada a la XIV REUNIÓN CONJUNTA DE LAS ACADEMIAS NACIONALES DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA Y BUENOS AIRES, realizada en Buenos Aires, 25 y 26 de octubre de 2001 con el tema de convocatoria “EL DERECHO DE DAÑOS EN EL DERECHO PÚBLICO Y EN EL DERECHO PRIVADO”.

² Agradeceremos aportes y comentarios a richardjuris@arnt.com.ar

³ *Justicia y Derecho* p. 511, *Justicia y Derecho: insolvencia societaria* p. 631, *El derecho en el siglo XXI (visión de un comercialista)* p. 779.

⁴ Nto *Posibilidad y conveniencia de la reforma del derecho privado. Aspectos metodológicos* libro colectivo “Unificación Civil y Comercial: lo posible y lo conveniente”, Ed. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba nov. 1996, correspondiente al XI Encuentro de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires y Córdoba, Córdoba, 12 y 13 de octubre de 1995, pág. 61 a 111, específicamente punto 5.1. pág. 74..

Continuamos esa posición exponiendo en el seno de la Academia de Córdoba y publicando en sus Anales⁵ sobre *Ineficacia del sistema concursal*⁶ intentando seguir las enseñanzas de los recordados académicos Profesores Eméritos Dres. Héctor Cámara y Francisco Quintana Ferreyra, nos pronunciábamos sobre la necesidad que el sistema jurídico intentara evitar la propagación del virus de la insolvencia.

Ello debe asegurarse a través del sistema normativo, permitiendo pensar – ante la declinación del sistema concursal- en hacerlo a través del régimen societario, para que el recurso técnico de la sociedad cumpla como estructura su rol funcional.

En esta ocasión no queremos referirnos a los supuestos de imputabilidad por abuso torpe, tema que agotó brillantemente el académico Julio Cesar Otaegui en su discurso de incorporación a la Academia de Buenos Aires, sino en un análisis de la responsabilidad individual de los administradores de las sociedades.

También nos alienta que el académico Horacio Roitman, en su disertación programada, agotará sin duda la perspectiva de la responsabilidad en la quiebra en su disertación, aspecto que sólo referiremos tangencialmente y que hemos sostenido que aparece desestimulado en la concepción legislativa. Por eso nos pareció adecuada esta intervención fuera de programa, para apreciar la cuestión desde una perspectiva genérica, partiendo del fenómeno patrimonial de la insolvencia de las sociedades, sin necesidad de existir un acto jurisdiccional de declaración de falencia.

Nuestro objetivo es tratar que los administradores de sociedades adopten las medidas conducentes a solucionar la situación patrimonial de insolvencia de la sociedad o recurran rápidamente a las soluciones concursales. Es que no podemos conformarnos en la idea de que cuando se piensa en las acciones previstas por el art. 173 de la ley 24.522 es porque se agotó la posibilidad de cobro a través del patrimonio concursado y aparecen conductas dolosas que pudieron ser prevenidas.

II – SINTESIS.

Intentamos que el sistema concursal se aplique en la forma más contemporánea posible al advertirse la situación de cesación de pagos, cuando aún es posible reconvertir la situación –lo que en la actualidad no se constata en los procesos concursales-, evitando difundir a terceros in bonis la insolvencia.

Formulamos como hipótesis que los acreedores sociales que acrediten: (a) haber sufrido daño (b) por el accionar de administradores de sociedades (c) que hubieran asumido esas obligaciones en conocimiento del estado de cesación de pagos, (d) pueden promoverles acciones individuales de responsabilidad.

⁵ nto. *Ineficacia de la ley concursal* en tomo XXXIX Año Académico 2000 tomo I pág. 293.

⁶ También nto. *Ineficiencia de la ley concursal* en Revista Derecho y Empresa, n° 10 diciembre 2000, p. 176 y ss...

Esas acciones son extraconcursoales y no requieren la previa apertura de un juicio concursal, que tampoco las atrae. El daño también se perfilaría en caso del perjuicio sufrido por la quita o espera que impusiera un acuerdo concursal.

Parecería que lo expuesto no es un tema controvertido, pero de ello poco se habla en la doctrina, y menos se aplica, por la aparente absorción del sistema concursal sobre los sistemas generales.

III - EL PROBLEMA:

Lo constituyen las sociedades que actuando en cesación de pagos contagian ese estado (como si fuera ántrax), lo que hacen los Poderes Ejecutivo Nacional, Provinciales y Municipales (lo que motivará el último párrafo de esta comunicación).

Hemos formalizado comunicaciones⁷ incentivando encontrar técnicas jurídicas que aseguren la mayor anticipación en la apertura de los juicios concursales⁸, tendiendo a prevenir los efectos nocivos de la actividad cumplida en cesación de pagos, efectos expansivos del incumplimiento.

Naturalmente considerábamos que esas técnicas debían brindarse en los llamados “acuerdos preconcursales”, pero por diversas razones los administradores societarios siguen operando en el mercado pese a no hacerlo en forma normal, contagiando o transmitiendo su estado a proveedores, acreedores y trabajadores.

Una doctrina permisiva tendió a limitar las acciones de responsabilidad en la quiebra a supuestos de dolo, sujetas a autorizaciones que parecían difíciles de alcanzar, coherentemente con ciertas posiciones que tienden a acotar la responsabilidad de administradores societarios.

Ello llevó a una sensación de impunidad en el obrar de administradores societarios –contagiada a los administradores públicos- que transfieren el problema a terceros, a partir de cuyo exceso se ha venido registrando en los últimos años una reacción doctrinaria, jurisprudencial y legislativa.

En el reciente Congreso Argentino-Español de Derecho Mercantil, concordábamos con el Profesor Dr. Daniel Vitolo que los medios de tutela no deben ser buscados solamente en la ley concursal, sino en la prevención interna societaria, e inclusive en sus propias normas, como lo hace la legislación española.

⁷ En DE LA INSOLVENCIA, 3 tomos, libros In Memoriam de Héctor Cámara y Francisco Quintana Ferreyra, Editorial Advocatus, Córdoba 2000, con las comunicaciones al II Congreso Iberoamericano de la Insolvencia, *Técnicas preventivas de la insolvencia*. Tomo I pág. 5. 4º. En torno a responsabilidad y concurso. Un “embrión” de proyecto. Tomo III pág. 313. *Extensión de quiebra y de responsabilidad*, Tomo III pág. 411. *Daños causados por la insolvencia: Acciones individuales de responsabilidad contra administradores de sociedades* Tomo III pág. 549..

⁸ Cfme. nto. *Las relaciones de organización y el sistema jurídico del derecho privado*, Córdoba 2000, ed. de la Academia de Córdoba, Capítulo X Cuestiones que debería resolver una legislación concursal, y en el Capítulo XI La reparación de daños y el acceso a la justicia (visión de un comercialista) p. 457, en especial el párrafo VI “La problemática concursal” a pág. 474..

IV - INSOLVENCIA. Y RESPONSABILIDAD DE ADMINISTRADORES SOCIALES

La integral aplicación de las normas sobre sociedades, como de otras del sistema jurídico, debe permitir prevenir la insolvencia de las mismas e impedir la transferencia de los daños a los acreedores⁹.

1. CESACION DE PAGOS E INFRACAPITALIZACION.

En este trabajo haremos muchas referencias a la infracapitalización¹⁰, e incluso a la imputación a controlantes torpes por la llamada “inoponibilidad de la personalidad jurídica”, pero centramos nuestra atención en la responsabilidad individual de administradores por obligaciones asumidas en estado de cesación de pagos o insolvencia. Insistimos en el punto pues el concepto de CESACION DE PAGOS o INSOLVENCIA tiene un adecuado cuño doctrinario, y en cambio la noción de INFRACAPITALIZACION esta todavía sometida a discusión –por algunos-, pues es difícil de asimilar en un esquema de sociedades de capital fijo. Una sociedad puede estar operando con el capital estatutario previsto y no obstante ello estar en insolvencia. No existe un paralelismo entre ambas nociones, ni aún en los sistemas de sociedades sin capital social, cuya dotación patrimonial es analizada anualmente antes de distribuir utilidades –si hay capital suficiente- o de disponer la liquidación u otra solución en caso de capital insuficiente.

En la mayoría de los supuestos, una situación concursal implica una infracapitalización material -o subcapitalización-, que si ha sido advertida configura una situación de dolo civil que autorizaría una acción individual de responsabilidad por los acreedores sociales posteriores a esa situación contra los administradores que siguieron operando en estado de cesación de pagos. Se corresponde al deber de los administradores de llevar contabilidad y una eficiente administración, dividiendo las obligaciones en corrientes y no corrientes.

Ratificando la anticipado y transfiriendo el sistema de preconcursalidad a la legislación societaria, se ha sostenido en España que “Después de todo lo que se ha indicado, parece razonable pensar que la quiebra de una sociedad anónima –o limitada o comanditaria por acciones- debería convertirse en una institución

⁹ Sobre el punto también hemos trabajado con anterioridad, p.ej. *Insolvencia societaria y responsabilidad* pág. 380 y ss. en JURISPRUDENCIA ARGENTINA libro en Conmemoración de su 80^a Aniversario, 1918-1998; y en *Las relaciones de organización y el sistema jurídico del derecho privado*, Córdoba 2000, ed. de la Academia de Córdoba, Capítulo XI Insolvencia societaria y responsabilidad, pág. 481 y ss..

¹⁰ SUJETOS RESPONSABLES Y SUBORDINACION DE CREDITOS POR EL USO ABUSIVO DE LOS PRESTAMOS DE LOS SOCIOS Y DE LAS ENTREGAS A CUENTA DE FUTUROS AUMENTOS DE CAPITAL, con los Profesores Hernán Racciattin(h) y Alberto Antonio Romano, tomo III pág. 383. - Ponencias al III CONGRESO NACIONAL DE DERECHO CONCURSAL y I CONGRESO IBEROAMERICANO SOBRE LA INSOLVENCIA, Mar del Plata, 27, 28 y 29 de noviembre de 1997, 3 tomos Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, noviembre 1997; La infracapitalización, la insolvencia societaria y la responsabilidad de sus administradores, parte A pág. 51 a 60 del Libro de Comunicaciones. A VI Jornadas Nacionales de Institutos de Derecho Comercial, San Martín de Los Andes, 12/14 de noviembre de 1998.

residual, ya que el sistema preconcursal previsto legalmente debería ser suficiente para impedir que la sociedad llegase a ser insolvente..”¹¹

2. BIEN JURIDICO A TUTELAR.

Constituye el meollo de la cuestión convenir cual es el bien jurídico tutelado por el derecho concursal¹². "El Derecho tiene una misión que cumplir en este crucial momento económico, mediante el aporte de remedios apropiados"¹³.

Existe una tendencia, marcada en los proyectos Rojo (español) y Olivera García (uruguayo) a recalcar el interés público que comporta que el concurso se abra en supuestos de insolvencia, evitando la actuación en ese estado, ampliando la legitimación activa para la apertura del llamado concurso preventivo no liquidatorio, habilitando la petición a instancia del acreedor o de sujetos patrimonialmente afectados, con fórmulas de estímulo, otorgando privilegios¹⁴ a tales legitimados que provoquen esa declaración.

Es que el objetivo es solucionar el estado de cesación de pagos por medios pre o concursales, lo que se perfila en las reuniones internacionales.

3. DESESTIMULACION DE ACCIONES DE RESPONSABILIDAD CONCURSALES Y MAYORIA PARA LEGITIMAR SU PROMOCION.

Los magros resultados económicos y prácticos que arrojan los procedimientos concursales, resultan de la falta de sanción por la no presentación temporánea de los deudores. La calificación de conducta parecía insuficiente, y ese trámite ha sido removido en el sistema nacional. Un innovador anteproyecto quedó en el camino¹⁵.

La promoción de acciones de responsabilidad y de reconstrucción patrimonial en la quiebra han sido condicionadas –conforme a un agregado introducido en el trámite legislativo- a una conformidad de los acreedores.

Para más, ello no ha sido interpretado adecuadamente por la doctrina, entendiendo que debe ser otorgada por acreedores que representen la mayoría del capital quirografario, cuando el art. 119 de la ley 24522 requiere “la mayoría simple del capital quirografario”. Las referencias doctrinarias omiten calar en que

¹¹ LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE SOCIEDADES DE CAPITAL, Director Juan Bolás Alfonso Notario, Consejo General del Poder Judicial, Consejo General del Notariado, Madrid 2000, a pág. 154 “5. RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES POR LAS DEUDAS SOCIALES E INSOLVENCIA DE LA SOCIEDAD.

¹² *El bien jurídico tutelado por el derecho concursal* en Revista de la Universidad Nacional de Córdoba años 79/80 p.262 y ss.. Esta es una cuestión básica a debatir para la construcción de una ley concursal modelo, tema que fue motivo del 45eme. Congres Union Internationale des Avocats, desarrollada en Turín, Italia del 29 de agosto al 2 de septiembre de 2001.

¹³ DOBSON, Juan M *La reforma de 1985 del Derecho concursal Inglés* en R.D.C.O. año 18, 1985, pág. 435 a 464, específicamente última página.

¹⁴ DASSO, Ariel Ángel en *Tendencias actuales del derecho concursal*, pág. 70, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires 1999.

¹⁵ En DE LA INSOLVENCIA cit. nto. *En torno a responsabilidad y concurso. Un “embrión” de proyecto* tomo II pág. 313.

“mayoría simple” no es lo mismo que “mayoría” o “mayoría absoluta, pues mayoría simple es mucho menos que aquella al referirse a un acto colegial, pues caso contrario no tendría sentido esa expresión. La falta de una normativa y de una construcción doctrinaria sobre los actos colegiales enturbia el razonamiento¹⁶ e impone una construcción pretoriana en cada juicio.

V - RESPONSABILIDAD EN DERECHO SOCIETARIO¹⁷.

No se trata de ampliar la responsabilidad de los administradores societarios en cuanto al riesgo empresario. La Empresa debe ser autosuficiente generando, a partir de su patrimonio y el plan o directriz de desarrollo de sus actividades, los medios para su manutención económica; esto implica la viabilidad de la empresa, de la empresa que no lleva en su destino su autodestrucción por económicamente inviable¹⁸. Por otra parte la empresa viable es la única que merece conservarse, sea por disposiciones concursales, pre concursales o extraconcursoales. La sociedad es la estructura técnica jurídica personalizante a disposición del empresario como instrumento "de organización". La organización no sólo supone la disponibilidad jurídica de órganos, de un sistema de imputación simplificante de las relaciones jurídicas con terceros y socios, sino la actuación coherente del órgano de administración asegurando el cumplimiento del "objeto social" como forma de manifestación de la empresa o empresas, con la dotación patrimonial adecuada.

Las acciones de responsabilidad, como la de imputabilidad aditiva (muchas veces denominada como de inoponibilidad de la personalidad jurídica¹⁹), no requieren --como las acciones revocatorias concursales o de extensión de la quiebra- de un presupuesto de insolvencia o de declaración de quiebra para ampliar la legitimación pasiva o autorizar la promoción de acciones especiales.

La limitación de responsabilidad de los administradores esta basada en el supuesto de un comportamiento leal.

Obviamente que esas acciones están vinculadas al derecho de daños y a la clásica teoría general de la responsabilidad que comporta, para una obligación de medios²⁰.

¹⁶ Nto. *La autorización de los acreedores para promover acciones revocatorias o de responsabilidad*. con Héctor Guillermo Vélez. Tomo III pág. 415 DE LA INSOLVENCIA, In memorial cit...

¹⁷ Puede verse nta. posición en RICHARD, E.H. y MUIÑO, Orlando M. *Derecho Societario*, Ed. Astrea, Buenos Aires, pág. 543 y ss..

¹⁸ Nto. *LA CONSERVACION DE LA EMPRESA EN LAS LEYES DE SOCIEDADES Y DE CONCURSOS*, con Francisco Quintana Ferreyra, en RDCO año 1978 Pág.1373; *LA CONSERVACION DE LA EMPRESA*, Anales de la Academia Nacional de Derecho tomo XXV Pág.107 y ss. .

¹⁹ nta. comunicación sobre “LAS SOCIEDADES COMERCIALES Y SU ACTUACION EN EL MERCADO” al PRIMER CONGRESO ARGENTINO-ESPAÑOL DE DERECHO MERCANTIL, Valencia, España, 19, 20 y 21 de Septiembre de 2001, con títulos SOCIEDADES COMERCIALES Y PERSONALIDAD JURIDICA *Allanamiento, desestimación e inoponibilidad de la personalidad jurídica. Responsabilidad de los integrantes de los órganos de administración. Responsabilidad de los controlantes*” (Una propuesta metodológica)..

²⁰ ARAYA, Miguel C. *Responsabilidad de los administradores de la Sociedad Anónima* en DERECHOS PATRIMONIALES Estudios en homenaje al Profesor emérito Dr. Efraín Hugo Richard, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires 2001, bajo la dirección de Laura Filippi y María Laura Juárez, página 639 tomo II, especialmente pág. 647.

La determinación del sujeto damnificado, legitimado para accionar por la reparación, surge de identificar a quien ha sufrido el daño o perjuicio y permite la división de las acciones de responsabilidad en social o individual. En la segunda se legitima a los accionistas y terceros individualmente, y no depende de ningún trámite previo.

Si la actuación torpe de los administradores genera perjuicio a terceros, éstos pueden promover una acción individual de responsabilidad civil, bajo los mismos presupuestos clásicos de la responsabilidad subjetiva, exigiéndose además de la infracción a la norma la concurrencia de la culpa, el daño y la relación de causalidad.

VI - ACCION INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDAD.

La ley de sociedades destina un solo artículo, el 279 LS, que establece que los accionistas y los terceros conservan siempre sus acciones individuales contra los directores. Cuando la conducta antijurídica de los administradores ha causado un daño al patrimonio personal de los accionistas y de los terceros, éstos tienen una acción individual para obtener el resarcimiento del daño sufrido²¹.

La responsabilidad surgirá cuando exista daño a los acreedores y el mismo permita legitimar a éstos activamente para reclamar a administradores societarios como legitimados pasivos. Se resolvió en un caso que se infligió un “daño directo al actor en tanto, encontrándose en cesación de pagos y en la búsqueda de medios ruinosos, lo convenció de que formalizará un préstamo a nombre de una sociedad que él manejaba discrecionalmente y sabía que carecía de toda solvencia, para quedarse con los fondos en provecho propio y en perjuicio del mutuante. De tal suerte se presente la situación del director que induce a la concesión de crédito a una sociedad en situación real de insolvencia que es expresamente ejemplificada por Garríguez y Uría frente al tercero por lesión directa a su patrimonio²², siendo para el juez fundamental que haya obrado a nombre de la sociedad, ya que de lo contrario, se estaría en la órbita del art. 1109 del C.Civil, sin necesidad de acudir a la normativa societaria”²³.

Sin la causación de un daño directo no cabría el ejercicio de la acción. Debe existir el daño directo que incida en forma inmediata sobre el patrimonio del tercero (o de un socio), señalándose como supuestos de daños directos la obtención de un crédito o aval facilitado por tercero, ocultado a éstos la situación difícil de la sociedad²⁴.

²¹ ARAYA M.C. *Responsabilidad...* cit. pág. 652.

²² ver *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas* t. II, Madrid 1976 página 196, capítulo I nro. 2, último párrafo.

²³ Fallo de Primera Instancia Juez Dr. Eduardo Favier Dubois (h) en “Peacan Nazar c/ Torres Astigueta” del 16 de mayo de 1995, La Ley t. 1996 C fallo n° 94379, comentado por Alberto Conil Paz “Responsabilidad de representantes sociales y quiebra”, confirmado por la CNCom Sala E 16.5.95 apoyando la doctrina el dictamen del Fiscal de Cámara, en ED t. 168 p. 496.

²⁴ *Responsabilidad de los administradores – Levantamiento del velo* Dossier práctico de la redacción de la editorial Francis Lefebvre, Madrid 1998, pág. 49.

1. DAÑO FUERA DEL EJERCICIO ORDINARIO DE LA FUNCION.

Decíamos, en las primeras páginas de esta comunicación, que ciertas posiciones “limitan las acciones individuales de responsabilidad promovibles por socios y terceros a supuestos de daños causados por los administradores fuera del ejercicio ordinario de las funciones orgánicas”, particularmente dentro de una antigua doctrina extranjera.

En Francia según una bien consolidada jurisprudencia, la responsabilidad personal de un administrador de sociedad a responsabilidad limitada frente a terceros no existe, a menos que haya cometido una culpa separable de la propia función, que le sea imputable personalmente. La Corte de Apelaciones de París, con sentencia del 10 de septiembre de 1999, consideró cometida tal culpa por el administrador de una sociedad a responsabilidad limitada que había decidido modificar la denominación, la sede y el objeto de la sociedad de la cual era socio principal y único dependiente, a fin de ocultar que la empresa que él administraba comercializaba productos similares a aquellos realizados por una sociedad cliente, la cual había encargado a la sociedad de responsabilidad limitada el promoverlos. Consecuentemente, el administrado ha sido condenado al resarcimiento de los daños a favor de la sociedad cliente por un monto de cerca de 80M de francos. Por otro lado, la Corte de Apelación ha mantenido que, el conocimiento de clientela y la substracción de información favoreció el desarrollo del producto con las mismas características de aquel de la sociedad cliente, por lo que este acto no podía ser considerada culpa separable de la función del administrador. En esta doctrina va entrelíneas que un administrador es responsable de la culpa cometida en la administración frente a la sociedad y no de terceros; es la persona jurídica que es responsable frente a terceros, por los actos culposos cumplidos en el ámbito de una actuación dañosa de la administración. Es por esto que, en el caso comentado, al administrador ha devenido en responsable a título de culpa por su calidad de socio: la decisión de modificar la denominación, la sede y el objeto social, concretamente es decisión que comparta una modificación estatutaria, y ello es de competencia exclusiva del socio (el administrador poseía una fracción de capital que no le permitía la modificar del estatuto). Y por una culpa cometida en calidad de socio, naturalmente escindible de la función de gestión, que ha llevado a condenarlo en el caso. El caso en que existe una culpa “separable” de la función de administrador son muy raras: sólo la culpa cometida por motivos personales (perseguir el propio interés, animosidad frente a la víctima, venganza...) o de una gravedad excepcional, que exceda del normal ejercicio de la propia función, pueden comportar la responsabilidad personal del administrador²⁵.

No es esa la estructura de la responsabilidad en el derecho privado nacional –extendido al público a través del art.1112 C.C.-, lo único que se restringe es que el daño causado a la sociedad sea intentado ejercer por los acreedores a través de una acción individual.

²⁵ Bulletin rapide de droit des affaires 15 novembre 1999.

Esa doctrina esta contestada indirectamente por el Dr. Favier Dubois (h) en el fallo referido en el apartado anterior, que indica la aplicabilidad del art. 1109 C.C...

Una doctrina restrictiva semejante puede llevar a que un administrador de sociedad dañe impunemente a terceros bajo el concepto de ser el órgano de la persona jurídica societaria.

Se sostiene que **“NO HAY RESPONSABILIDAD CIVIL DE ADMINISTRADORES DE SOCIEDADES COMERCIALES POR ERRORES DE GESTION EN EL DERECHO ARGENTINO”**²⁶ determinándose como riesgo empresario el error de gestión o la decisión administrativa equivocada, pero no la realizada a sabiendas o con negligencia que importaría una supuesta culpa grave o dolo si cabe tal distinción. Se subraya: **“el sistema de responsabilidad civil de administradores que se adopte es una importante decisión de política legislativa. Un sistema “blando” de responsabilidad actuará como un aliciente para la actividad empresaria, pero probablemente determine un relajamiento de las reglas de responsabilidad. Por su parte, un sistema “duro” de responsabilidad actuará como un elemento moralizador del mercado...”**.

En relación al derecho norteamericano, con respecto al período de preconcursalidad, o sea de sociedad en estado de cesación de pagos cuyos administradores no abren los procedimientos concursales, la jurisprudencia ha dado un viraje a partir de 1991 sosteniendo la responsabilidad civil de esos administradores frente a los nuevos acreedores ²⁷. En base a la **“business judgement rule”** **“si la decisión fue tomada sin la información adecuada y disponible, ha existido una gruesa negligencia (culpa grave) del empresario por lo que deberá responder civilmente”**²⁸. Se expresa²⁹ **“... si en la actualidad una compañía se ve metida en líos, los consejeros pueden ser demandados a título personal.... De hecho, la mayoría de los consejeros insisten en la actualidad para que sus compañías suscriban fianzas a su favor para hacer frente a cualquier pleito que se entable contra ellos”** Puede contratarse seguro? El dolo no es asegurable, **PERO PUEDE** asegurar la Sociedad, en cuyo caso la Cía Aseguradora puede repetir contra el director.

La jurisprudencia belga desde fines del año 1991 extiende la quiebra al **maitre de l'affaire persona síquica**³⁰, administrador o controlante.

“El desarrollo de las tareas correspondientes al ejercicio de la gerencia de una persona jurídica no significa asumir una responsabilidad personal que, como excepción, solo cabe admitir cuando se acredita una maniobra fraudulenta”³¹

²⁶ En comunicación de ese nombre de *DOBSON, Juan Malcolm a pág. 101 tomo V del IV Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa (Rosario, octubre 2001).*

²⁷ VICARI, Andrea I doveri degli amministratori in caso de insolvenza della società nel diritto statunitense, en *Rivista delle Società* 1999 p. 1244 y ss.-.

²⁸ cfme. *DOBSON No hay responsabilidad...* cit. pag. 105.

²⁹ GIBNEY, Frank *“El milagro programado” 2ª. Ed. Sudamericana Planeta, Buenos Aires 1987, p. 13.*

³⁰ Anales de la Facultad de Derecho de Lieja, en pág. 20-1991.

³¹ CNAT, Sala III, in re *“Silvero, Víctor Hugo y otros c/ Jowas S.R.L.y otro s/embargo preventivo-despido”*, SD60.913.

Ante doctrinas que restringen la responsabilidad del administrador frente a terceros, adquieren importancia soluciones concretas como las de la legislación española respecto a la SA y a la SRL, o la francesa e inglesa en el caso de falencia de la sociedad, e incluso el alcance del art. 173 ley 24522, calificándose de dolosa la actitud del administrador que contrae obligaciones para la sociedad a sabiendas que no podrá satisfacerlas.

La acción oblicua abriría el camino ante tesis restrictivas, pues los acreedores sociales podrían ejercer la acción social de responsabilidad contra los administradores que perjudicaron el patrimonio social. Esta es la hipótesis que abre la responsabilidad en la quiebra conforme al art. 173 ley 24.522, no dudando en calificar de dolosa la actuación de administradores societarios que contrata por la sociedad con un tercero a sabiendas que no podrá o tendrá dificultades en cumplir el contrato. También resolvería uno de los problemas intragrupo, actuando como una suerte de acción derivativa, a la que dedicaremos el último párrafo.

2. DAÑO DIRECTO.

¿Cuándo hay un daño directo?

Es un tema de causalidad dentro de la teoría general de la responsabilidad. Si se sostiene que es el administrador directamente el que debe causar el daño, y no hacerlo a través de la sociedad, no se centra adecuadamente la cuestión, que quedaría dentro de las previsiones genéricas del art. 1109 C.C.. En este aspecto parece correcto exigir el daño directo al tercero, o sea que el tercero no sufra el daño en forma refleja por el perjuicio que el administrador generó a la sociedad que administra. Esto generaría en la teoría general una acción oblicua para que el acreedor de la sociedad ejerza la acción que éste tiene contra el administrador, y que habilita el art. 173 ley 24.522 en el caso de quiebra.

El punto, dentro de la teoría general, es si la actuación del administrador de la sociedad viola el estándar del art. 59 de la ley 19.550, y de ello resulta un daño directo al tercero, aunque la conducta del administrador lo haya sido en el ejercicio de sus funciones propias. Contraer obligaciones a sabiendas de no poder cumplirlas íntegramente, recibir el precio de un auto sin girar el monto a la fábrica para que liberara su patentamiento son dos ejemplos de un daño directo por el obrar impropio de “buen hombre de negocios”.

Es esclarecedero la opinión³² que se refiere a la “incidencia directa del daño sobre el patrimonio del socio o del tercero, que no sea un mero reflejo del eventual daño en el patrimonio social... también parece producirse para los nuevos

³² En Estudios jurídicos en homenaje a Aurelio Menéndez Menéndez, tomo II Derecho de Sociedades, Madrid, Civitas 1996 pág. 1679, ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES FRENTE A LOS SOCIOS Y TERCEROS: ACCION INDIVIDUAL Y ACCION POR NO PROMOCION O REMOCION DE LA DISOLUCION por Gaudencio Esteban Velasco, especialmente Pág. 1683 RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES POR DAÑO DIRECTO. LA ACCION Individual, transcribimos Pag. 1698 DAÑO DIRECTO

acreedores de la sociedad³³ surgidos a partir de la situación de crisis irreversible (cesación general de pagos o insolvencia), que se ha prolongado sin que los administradores hayan adoptado las medidas exigidas por concretos deberes legales o por la observancia del deber de diligencia en las circunstancias del caso. Sin perjuicio de la eventual lesión del patrimonio social, el daño es directo, en la medida en que la conducta ilícita del administrador (p.ej. en los supuestos de falsa información documental que sirve de base a la operación) lleva al tercero a confiar en la situación patrimonial aparente y a concluir el negocio que después resulta dañoso (véase Bonelli, Responsabilidad, p. 201, texto y nota 191). También soporta directamente el daño el acreedor en caso de que el administrador imparta la orden de no atender al vencimiento una obligación de la sociedad o impida satisfacer la prestación debida. En cambio, resulta más discutible, como ya se ha advertido, que la omisión de deberes en ocasión de la concurrencia de determinadas causas de disolución o de los presupuestos para la apertura de la quiebra provoque propiamente un daño directo en los acreedores anteriores a ese momento, que han establecido sus relaciones con la sociedad en condiciones normales y que deben en principio asumir los riesgos eventuales de crisis e insolvencia de la otra parte. Ciertamente la omisión de aquellos deberes (en particular en los supuestos de crisis irreversible) perjudica a los acreedores surgidos con anterior a ese momento....”.

Adherimos a las disquisiciones precedentes. Debe remarcarse el carácter sancionatorio del sistema legal español bajo los supuestos de incumplimiento del deber de convocatoria de la Junta General, de la solicitud de disolución judicial, en la SRL del transcurso de un año desde la adopción de un acuerdo de reducción obligatorio del capital por debajo del mínimo legal sin que haya inscrito la transformación o la disolución o el aumento de su capital. Se determina el carácter solidario de la responsabilidad con extensión a todas las deudas sociales. La nueva legislación española viene a cubrir la falta en la del año 1951 de un sistema que asegurara la disolución en presencia de una causa legítima. “Tres son las piezas que componen ese mecanismo legal: el deber de los administradores de convocar Junta General en el plazo de dos meses desde que concurra causa de disolución, la admisión expresa de la disolución judicial cuando la sociedad no proceda a acordar la disolución o la remoción de la causa, para lo cual se concede legitimación a cualquier interesado y se impone un deber de solicitud a los administradores; y la imposición a los administradores de una sanción consistente en la responsabilidad por las obligaciones sociales, cuando incumplan cualquiera de los deberes indicados. La más llamativa de esas disposiciones es, sin duda alguna, la que sanciona a los administradores con la responsabilidad solidaria por las deudas sociales (arts. 265.2 y 5 LSA y 195.5 LSRL), algo que puede sorprender en unas sociedades en las que los socios no responden de las deudas sociales (arts. 1 LSA y 1 LSRL).”³⁴

“Con el artículo 262.5, la Ley (española) persigue la misma finalidad. Pero en lugar de quedarse pasivamente esperando a que de forma espontánea los administradores y los socios lleven a cabo las actuaciones conducentes para

³³ Sigue el trabajo citado en nota anterior a pág. 1699.

³⁴ La responsabilidad por las deudas sociales de administradores de sociedades anónimas y limitadas incursas en causa de disolución, por Emilio Beltrán Sanchez pág. 133.en LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE SOCIEDADES DE CAPITAL, Director Juan Bolás Alfonso Notario, Consejo General del Poder Judicial, Consejo General del Notariado, Madrid 2000.

conseguir la disolución, el legislador del 89 da un importante paso adelante: ha configurado un recurso (la extensión de responsabilidad por deudas) para disuadir a los administradores, con una sociedad en estado de disolución entre sus manos, de que contraigan nuevos compromisos con terceras personas; pero un recurso que al propio tiempo facilita el remedio para salvaguardar los intereses de los terceros sorprendidos en su buena fe: los terceros, en caso de incumplimiento por la sociedad deudora, podrán dirigir su poder de agresión contra el patrimonio personal de los administradores a quienes se hace garantes (responsables) solidarios del buen fin de las obligaciones contraídas.”³⁵

El derecho inglés, ha fijado criterios en la Insolvency Act de 1986, pero registra antecedentes desde el año 1924. Ha generado una regla en la que la culpa grave (“Wrongful trading”) consiste en la “continuación con la actividad empresarial cuando no existían perspectivas razonables de pagar las deudas a su vencimiento”, señalándose dentro de un catálogo de culpas graves: cobro de salarios muy altos, incumplimiento de contabilidad legal, redacción defectuosa de memorias e informes, falta de entrega de mercaderías o prestación de servicios que hubieran sido pagados, ventas por valores anormales³⁶.

En tales supuestos hay daño directo al patrimonio del acreedor, pues en ningún caso se previó recurso patrimonial de la sociedad para satisfacerlo, existe una relación de causalidad entre el obrar del administrador al tomar el crédito u ordenar el suministro a sabiendas del incumplimiento, amen de la infracción a normas imperativas de la ley societaria en torno a su viabilidad y liquidación.

Una doctrina judicial semejante suplirá la falta de normas en la legislación concursal para imponer la presentación temporánea en concurso al advertirse el estado de cesación de pagos de una sociedad.

La jurisprudencia española que abre el ejercicio de la acción de responsabilidad es profusa: Responsabilidad de los administradores frente a los acreedores sociales en casos de falta de liquidación adecuada de la sociedad, en caso de disolución³⁷ o cuando los administradores contraen crédito sabiendo la impotencia patrimonial para cumplir con el posterior pago. “La negligencia grave, el descuido imperdonable generador de efectivos daños a terceros, está presente en la conducta de los demandados, pues, a pesar de conocer la mala situación económica de la sociedad, siguieron comprando diversos productos”³⁸ “...El acto u omisión del administrador estará marcado en el ámbito de las atribuciones propias de su cargo, y acaso de halle exento de toda intencionalidad dañosa, pero si es contrario a la ley o a los estatutos, o si está realizado sin la diligencia con la que

³⁵ En los mismos trabajos citados en nota anterior: Estudios en homenaje a Menéndez Menéndez p. 2481 La responsabilidad por deudas de los administradores de sociedad anónima, por Luis Suarez-Llanos Gómez, especialmente pág. 2496. Sobre la *responsabilidad por no convocar a junta general o no adecuar los Estatutos Sentencia del 30 de octubre de 2000 Tribunal Supremo Sala en lo Civil p. 1687 Tribunal Constitucional Sentencias y la sentencia del 21 de diciembre de 2000 p. 169.*

³⁶ Cfme. DOBSON *La aplicación...* cit. pág. 106.

³⁷ GARRETA SUCH, José María “La responsabilidad civil, fiscal y penal de los administradores de las sociedades” 4ª edición Marcial Pons, ps. 202 y ss.

³⁸ Sentencia de la Apelación de Valencia sec. 6ª del 30.12.92 en Revista del Derecho de Sociedades p. 306.

debe desempeñar el cargo, genera responsabilidad que es exigible por este conducto.

Entre otros supuestos de esta clase de responsabilidad pueden apuntarse dos modalidades frecuentes: una de ellas consiste en la actuación de los administradores de sociedades mercantiles que en situaciones de agobio económico para la empresa, que ha visto menguado considerablemente su patrimonio y se encuentra imposibilitada o con grandes dificultades para hacer frente a sus deudas, opta, temerariamente, por incrementar los pedidos a sus proveedores sin tener en cuenta las posibilidades reales para tender los pagos, lo que conduce normalmente a acelerar el descalabro económico, con el consiguiente daño directo a esos proveedores, que tantas veces ven defraudadas sus legítimas expectativas de cobrar el género servido³⁹), a su vez “Constituye una de las más típicas manifestaciones del administrador de una sociedad en contra de la ley de la diligencia con que debe desempeñar su cargo, que no es otra que la de un ordenado comerciante (art. 79 LSA), la de inducir a terceros a contratar con la entidad representada y a concederle crédito cuando la deudora se halla ya en una situación real de insolvencia”⁴⁰.

En un catálogo de hechos que acreditan conducta del administrador como causa de responsabilidad se ha apuntado: no llevar ningún tipo de contabilidad, no formular el administrador ningún balance sobre la situación de la sociedad, desaparición o cesación meramente de hecho de la sociedad⁴¹, ignorancia del administrador de todo lo relativo al tráfico y giro de la sociedad que administre, galopante incremento de las deudas de la sociedad, carácter de operación arriesgada, atribuible a las compras efectuadas, tras un año o más de ejercicios contables negativos, y particularmente subrayamos la contratación o asunción de deudas a sabiendas de la situación netamente deficitaria arrastrada⁴².

El incumplimiento de esos deberes fiduciarios por parte de los administradores permite imputarles responsabilidad. No es necesario que el administrador se haya enriquecido, sino que con su obrar contrario al estándar del art. 59 ley 19.550 haya causado perjuicio al acreedor social.

Los administradores deben responder de los daños que causen a la sociedad o a terceros por no actuar “con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios”, que es el standard que fija el art. 59 LS⁴³, imponiendo de seguido que “Los que faltaren a sus obligaciones son responsables ilimitada y solidariamente, por los daños y perjuicios que resultare de su acción u omisión”. Subraya Halperin que es “un criterio objetivo de comportamiento (pero no una responsabilidad objetiva, agregamos).... la noción de buen hombre de negocios establece una

³⁹ Sentencia de la Apelación de Valencia Sec. 6ª del 8.4.93 en Revista del Derecho de las Sociedades p. 301, y también puede verse a GARRETA cit. pág. 191 nota 89.

⁴⁰ Sentencia del TS del 14.11.88 en Revista General de Derecho n° 534, marzo 1989, cit por GARRETA SUC cit. p. 200 nota 103.

⁴¹ En DE LA INSOLVENCIA, cit. nto. *Ausencia de sede y responsabilidad de administradores* (II). Tomo III pág. 579.

⁴² El catálogo corresponde a MOYA JIMENEZ, Antonio *La responsabilidad de los administradores de empresas insolventes*, 2ª edición revisada y actualizada, Editorial Bosch, Barcelona 1998, pág. 19.

⁴³ Sobre la inteligencia de la locución puede verse a nuestro recordado HALPERIN, Isaac *Sociedades anónimas. Examen crítico del dto. ley 19550*, editorial Depalma, pág. 451 y nota 293, Buenos Aires 1974.

auténtica responsabilidad profesional, ya que implica capacidad técnica, experiencia, conocimientos. Para apreciarla en el caso concreto se tendrá en cuenta: a) la dimensión de la sociedad, b) su objeto, c) las funciones genéricas que incumben como director y las específicas que se le hubieran confiado, d) las circunstancias en que debió actuar (urgencia, acopio de datos, antecedentes e informaciones, etc.) y cómo cumplió su deber de diligencia”⁴⁴.

La escasa jurisprudencia en lo comercial es compensada por una incipiente doctrina judicial laboral. Así por ej. 1º “La responsabilidad de los administradores societarios por relación laboral no registrada⁴⁵, en cuanto de ello resulte perjuicio al trabajador tercero. La operatoria de relaciones de trabajo "en negro" no sólo traduce un menor costo, una ruptura a la libre competencia, sino en intentar dejar inerte al empleado en caso de concurso de la administrada. 2º. La responsabilidad por deudas contraídas a sabiendas que no podían ser satisfechas por la sociedad.

3. PATRIMONIO O CAPITAL INSUFICIENTE.

La infracapitalización aparece como la genética de la insolvencia. La falta de recursos patrimoniales para satisfacer normalmente las obligaciones asumidas constituyen el escenario del problema societario que estamos analizando. Y de allí se generan efectos básicos: la imposibilidad sobreviniente para el cumplimiento del objeto social –a veces no aparece una pérdida del capital estatutario- como causal de disolución y efecto propio de la funcionalidad societaria. O la responsabilidad de los administradores sociales por no adoptar las medidas congruentes a la situación societaria, y frente a terceros por infringirles daño al contraer obligaciones con el conocimiento genético de no poder satisfacerlas. O la responsabilidad de los controlantes de derecho o de hecho por el uso desviado del recurso técnico de la sociedad con limitación de responsabilidad de los socios, el control torpe o abusivo para actuar en fraude de terceros. Son tres caras de un mismo fenómeno que tienen distintas respuestas del sistema normativo o de la jurisprudencia ante los casos planteados. Al último de los supuestos sólo nos referiremos tangencialmente, centrándonos en esta comunicación en la responsabilidad de los administradores frente a los terceros.

Los deberes fiduciarios del administrador societario frente a terceros están mejor delineado en las legislaciones donde no existe capital fijo, por lo que el administrador debe anualmente determinar el capital necesario para afrontar la continuidad de la sociedad (insolvency test), tutelando así a potenciales nuevos acreedores.

El apartamiento de las nociones de capital social fijo, para introducir en la de capital necesario para el giro social, es una noción que debe entenderse en nuestra legislación como vinculada a las obligaciones de los administradores sociales: operar in bonis, o sea sin caer en estado de cesación de pagos. El análisis del balance anual debería ser específico en ese aspecto, pero no lo libera del continuo análisis de la situación en el control permanente de la marcha del giro

⁴⁴ HALPERIN ob. cit. pág. 452/3.

⁴⁵ Conforme trabajo que con ese mismo nombre comentamos fallo, publicado en Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, La Ley año I nº 4, agosto de 1999 pág. 59.

social. En legislaciones como la del Código Californiano se impone la imposibilidad de distribuir utilidades, entre otros actos, sino se somete a dos exámenes las cuentas sociales: Quantitative Liquidity Test y Quantitative Solvency Test ó de un simplificado Equity Insolvency Test⁴⁶.

Una dotación patrimonial insuficiente implica la existencia de una causal de disolución: "imposibilidad sobreviniente en el cumplimiento del objeto social" o sea la "inviabilidad de la empresa", fundando una causal de responsabilidad de los administradores (arts.59 y 99 LS). En la inserción de la cuestión dentro de la teoría general de los administradores de sociedades, no aparecen limitaciones como las que presenta el art. 173 ley 24.522 que sólo autoriza el resarcimiento de los daños causados por las conductas descritas en la norma, además de limitar el factor de atribución al dolo.

Los administradores de un ente personificado deben cumplir su finalidad o objeto social conforme un patrimonio suficiente disponible a tal efecto, y en caso de dificultades económicas recomponer su situación patrimonial, incluso presentándose en concurso. El capital operativo de una sociedad debe ser suficiente⁴⁷ para llevar adelante la actividad propia del objeto social. De resultar insuficiente, conduciría a la sociedad al estado de insolvencia o de liquidación por imposibilidad de cumplimiento del objeto, sin perjuicio de la responsabilidad que acarrearán a los socios por su incumplimiento, y de los administradores por no cumplir con sus obligaciones. La no advertencia de esa insuficiencia por los administradores a los socios, perjudicando a la sociedad y a éstos generan acciones sociales de responsabilidad, que podrían ser ejercitadas oblicuamente por los acreedores sociales.

4. EXTRACONCURSALIDAD DE LA ACCION INDIVIDUAL.

El ejercicio de esas acciones puede ser formalizada antes de la presentación en concurso, ante el juicio de quiebra o presentación en concurso, en consecuencia no de la mera demora en pagar, por los perjuicios que les genere a los acreedores la quita o espera que se les imponga en propuestas de acuerdo, aunque la misma fuera votada favorablemente. Posiblemente la prueba de la cesación de pagos, del actuar de los administradores recién se advierta claramente o pueda probarse a través de los elementos acercados al proceso concursal.

Eventualmente, de los propios términos de la presentación en concurso -aunque no fuere tardía-, del informe general del síndico o de otros elementos puede determinarse el incumplimiento de los deberes societarios del administrador y autorizar la promoción de acciones de responsabilidad individual por parte de ciertos acreedores. Ello es coherente con la política legislativa de la ley 24.522 que privilegia la autonomía de los acreedores dentro del concurso.

⁴⁶ ESCRIBANO GÁMIR, Rosario C. *La protección de los acreedores sociales* Editorial Aranzadi, Navarra 1998, Monografía de Revista de Sociedades nº 10, pág. 44 y ss..

⁴⁷ "...un capital social desproporcionadamente reducido en su magnitud determinará la imposibilidad ex origine de cumplir el objeto, que debe, por esencia, ser fácticamente posible..." Veca Constructora S.R.L." Fallo del Dr. Butty LL.-1980-D-pag. 464 y ss.

El derecho de los acreedores también se perfila cuando el acuerdo es incumplido y ello resulta de la falta de un plan de reordenamiento o de la falacia o irrazonabilidad de ese plan que justificó el voto favorable de los acreedores⁴⁸.

Estas ideas, no controvertidas en doctrina, se vinculan a que la presentación tardía por parte de los administradores sociales habrá causado daño, que los obliga frente a los acreedores -por lo menos los posteriores a cuando los administradores hayan advertido o debido advertir la insolvencia.

Conforme la noción de daño directo que hemos destacado como presupuesto de la habilitación de la acción individual de responsabilidad, la sociedad no queda desimputada.

El ejercicio de la acción individual de responsabilidad contra los administradores societarios puede acumularse a la acción incoada contra la sociedad. Claro que si ésta se encuentra en concurso o en quiebra es aconsejable no acumularla, partiendo que la insinuación contra la misma se formalizará por la vía de la verificación de créditos.

5. LA NOCION DE DOLO.

En la situación en análisis se acredita la autoría de actos u omisiones, imputables a administradores societarios, en conducta antijurídica pues tienden a enriquecer sin causa a la sociedad lesionando derechos de los acreedores. Esas conductas son antijurídicas, pues violan las conductas legalmente previsibles en los términos del art. 59 LS.. Esa antijuridicidad es objetiva y concreta, pero corresponde a actos culposos o dolosos. A ello se suma el factor subjetivo o factor de atribución: la culpa, cuando no el dolo civil.

El dolo implica la ejecución del acto a sabiendas y con la intención de dañar. Es un engaño, fraude, simulación (Diccionario de la Real Academia). Para Escriche “toda especie de astucia, trampa, maquinación o artificio que se emplea para engañar a otro; o el propósito de dañar a otra persona injustamente”. Es la voluntad maliciosa que persigue deslealmente el beneficio propio o el daño de otro al realizar cualquier acto o contrato, valiéndose de argucias y sutilezas, como es el contratar a sabiendas que no se va a satisfacer la contraprestación comprometida. Lo hemos anticipado al referirnos al derecho comparado.

Cuando no se planifica y se advierte que la sociedad esta en dificultades existe dolo por parte de los administradores al obligarse con terceros, por lo menos en su calificación civil.

⁴⁸ Cfme. nto. *El plan de empresa. Ética y responsabilidad del empresario* en Estudios en honor de Pedro J. Frías, tomo III pág. 1187 y ss. , Ediciones El Copista, Córdoba 1994. ALBERTI, Edgardo Marcelo *Una contribución de Efraín Hugo Richard al derecho concursal: El plan de empresa como recaudo del concurso preventivo* a pág. 949 II tomo “DERECHOS PATRIMONIALES” Estudios en Homenaje al Profesor Emérito Dr. Efraín Hugo Richard, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires 2001, bajo la dirección de Laura Filippi y María Laura Juárez.

En el Derecho Civil es dolosa la voluntad maliciosa que persigue deslealmente el beneficio propio o el daño de otro al realizar cualquier acto o contrato, valiéndose de argucias y sutilezas o de la ignorancia ajena; pero sin intervención ni de fuerza ni de amenazas, constitutivas una y otra de otros vicios jurídicos. Incumplimiento malintencionado de las obligaciones contraídas, ya sea por omisión de prestaciones, mora en el pago o innovaciones unilaterales.

En el derecho positivo español “hay dolo cuando, con palabras o maquinaciones insidiosas, de parte de uno de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho” (art. 1269). En caso de dolo responderá el deudor de todos los daños y perjuicios que conocidamente se derivan de la falta de cumplimiento (art. 1107).

En el Código Civil argentino se declara que: “Acción dolosa para conseguir la ejecución de un acto es toda aserción de lo que es falso o disimulación de lo verdadero; cualquier artificio, astucia o maquinación que se emplee con ese fin” (art. 931) El art. 932 determina las condiciones para que el dolo anule el acto. “La omisión dolosa causa los mismos efectos que la acción dolosa, cuando el acto no se hubiera realizado sin la reticencia u ocultación dolosa” (art. 933). Se trata de un error inducido, causando un menoscabo económico, y aunque no haya sido causa del contrato, será un dolo incidental que obliga al que lo cometiere a resarcir los daños causados.

En el Derecho Mercantil, el viejo Código sostenía que los administradores de las sociedades anónimas respondían de las negociaciones dolosas, por falta de comprobante o indebidos inventarios (ex art. 364), y responsabilidad similar alcanza al socio colectivo que abusare de la firma social (ex art. 307); y todo socio responde por los daños causados por dolo a los intereses de la sociedad (ex art. 413).

Parecería atenuarse el dolo civil en el mercantil por el impulso lucrativo que impera en el comercio. No obstante el estándar de “buen hombre de negocios” que campea en la administración societaria, a través de lo dispuesto en el art. 59 LS, descarta la posibilidad del ardid o de las maniobras tendientes a perjudicar. La buena fe, la lealtad, la información completa no contradicen el intento de hacer buen negocio.

Así por ejemplo se considero dolosa la exageración por parte del vendedor de las utilidades producidas por el fondo de comercio vendido, lo que basta para calificar de grave y determinante el dolo por aquél cometido⁴⁹.

6. DAÑOS RESARCIBLES

Si es doloso contratar con terceros a sabiendas que la sociedad que administra no podrá satisfacer la obligación contraída, la extensión de esa responsabilidad alcanza a las consecuencias remotas conforme dispone el art. 906 C.Civil.

⁴⁹ C.N.Com. 1.10.58 JA 1959-I-362.

VII - EXTENSION DEL CONCEPTO DE ADMINISTRADOR.

El art. 173 de la ley 24.522 alcanza también a terceros. La teoría general de la responsabilidad de administradores societarios también se extiende ante la evidencia de algunas actuaciones elusivas de responsabilidad, particularmente en los casos de grupos societarios. Se trata de la figura del director de hecho (shadow director).

En Inglaterra la definición de “shadow director” esta contenida en la sección 741 (2) del Companies Act 1985 e identifica uno o más personas que habitualmente imparten instrucciones o directivas a los administradores, y en base a las cuales una sociedad resulta ser efectivamente gestionada. No son más considerados “shadow directors” los consultados por la sociedad que han impartido instrucciones a los administradores en el ejercicio de su propia actividad profesional⁵⁰.

En el pasado, la interpretación jurisprudencial era mucho más restrictiva y la Corte raramente condenó a los “shadow directors” al pago de los débitos de la sociedad, si no en el caso en el que el consejo de administración había cedido íntegramente el ejercicio de la gestión al sujeto tercero.

La identificación del sujeto que opera como director desde las sombras reviste particular importancia por la aplicación de la sección 213-214 de la Insolvency Act 1986. En base a esta disposición, el “shadow director”, además de los administradores, puede ser condenado, en caso de quiebra, al pago de todos o parte de los créditos de la sociedad. En particular, en el sentido de la sección 213 de la Insolvency Act 1986, los administradores de la sociedad declarada fallida y los eventuales “shadow directors” pueden ser llamados por la Corte a responder de las obligaciones sociales, cuando resulte que la sociedad ha sido gestada con la intención de dañar a los acreedores o con otra intención fraudulenta (fraudulent trading provision). En el sentido de la sucesiva sección 214 de la Insolvency Act 1986, los administradores y los “shadow directors” pueden ser llamados a responder de los débitos sociales aún en ausencia de un intento fraudulento, en los casos que resulte a la Corte que han continuado la actividad de gestión aún estando en conocimiento, o no habiendo podido no saber, que la sociedad no podía evitar la declaración de insolvencia (wrongful trading provision).

Poniéndose en una perspectiva radicalmente diversa, una reciente sentencia de la Court of Appeal, se ha modificado la interpretación restrictiva de la definición de “shadow director” y se ha fijado una nueva línea guiada por la identificación del caso en el cual sujetos diversos de los administradores, que ejercitan, de hecho, la actividad de gestión, pueden ser llamados a responder de los débitos sociales. En el caso “Secretary of State for Trade and Industry v. John Deverell and Peter Hopkins, decidido por la Cour of Appeal el 21 de diciembre de 1999, estableció el juez Morrit L.J., que el objetivo de la ley es identificar que sujetos, diversos de los determinados por la sociedad, ejercitan efectiva influencia sobre los negocios de la sociedad. El juez ha afirmado que, a estos efectos, no es necesario que la influencia sea ejercitado sobre la entera actividad social y que

⁵⁰ GOWERS Principles on Modern Company Law, 1997, p. 1829.

puede, en vez, ser considerado shadow director un sujeto que influye o determina la actividad de los administradores en relación solo a una parte de la actividad de la sociedad⁵¹.

La parte innovativa de la sentencia reside en la posibilidad que, en el futuro, un número siempre mayor de sujetos diversos a los administradores (típicamente la banca o la sociedad controlante) sean considerados shadow director y, consecuentemente, llamados a responder en caso de falencia. La definición de que se entiende por “shadow director” es particularmente importante para la aplicación de la sección 6 de la Company Director Disqualification Act 1986 que atribuye al Secretario de Estado el derecho de presentar demanda ante la Corte por la declaración de la sucesiva inelegibilidad de los administradores o shadow directors de sociedad fallida.

Con la misma idea de extender la responsabilidad individual y siguiendo la concepción de competencia profesional de los administradores societarios, la doctrina española⁵² sostiene que existe una responsabilidad indirecta o refleja de los administradores frente a los terceros, ya no por el hecho propio, sino respecto a la actuación de los gerentes generales u otros altos funcionarios de la empresa. Esta especie de responsabilidad deviene como consecuencia de la culpa in vigilando y la culpa in eligendo⁵³.

Al mismo tiempo se abre un campo para accionar contra directivos de hecho que se publicitan como titulares de sociedades o grupos de ellos, pero que no se registran ni como socios ni administradores. La solución no puede ser otra que la prevista para el partícipe en el art. 363 de la ley 19550 en torno a la mal llamada “sociedad” accidental o en participación.

VIII - LA ACCION SOCIAL DE RESPONSABILIDAD EN LA QUIEBRA

Una referencia a la acción social de responsabilidad en la quiebra. El art. 278 LS autoriza que en caso de quiebra la acción “puede ser ejercida por el representante del concurso, y, en su defecto, se ejercerá por los acreedores individualmente”, norma que no es alterada por el art. 175 de la ley 24.522, no estando sujeta su continuación o promoción a ninguna autorización como sostiene alguna doctrina.

La referencia del art. 278 ley 19550 sobre la posibilidad de que la ejerciten “los acreedores individualmente” permite introducir la cuestión sobre si la ejercitan a favor del concurso o pueden hacerlo en su propio beneficio, entendiéndose así la posibilidad del reconocimiento de las acciones “derivadas”, o de una acción oblicua.

⁵¹ Cit. en The Company Lawyer, 2000, p. 185, con nota en RIVISTA DELLE SOCIETÀ SEPTIEMBRE OCUBRE 2000 FASCICULO 5, página 1058.

⁵² Que en este caso recuerdan FERRER, Germán Luis y ROITMAN, Horacio en *Responsabilidad de directores por las obligaciones laborales* en Daños Profesionales n° 8 Revista de Derecho de Daños, Rubinzal Culzoni editores, específicamente a pág. 164,-

⁵³ NELIA NELIA, José María “La responsabilidad de los administradores en las sociedades de capital” Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid 1995, p. 835.

IX – LA ACCION DERIVADA.

Un tema candente en el aspecto de los grupos es la responsabilidad de los administradores de la controlante. Manóvil⁵⁴ asienta la responsabilidad de los administradores de la controlante en los presupuestos de toda responsabilidad civil, que no son otros para ellos o para los administradores de la sociedad dominada, o independiente, cuando opera infracapitalizada materialmente y afecta los derechos de los acreedores, o de los accionistas minoritarios.

La cuestión se repite en relación al ejercicio de una acción de responsabilidad por el accionista o acreedor de la controlada, en forma directa contra la controlante por los daños generados al patrimonio de aquella.

No hay duda que cuando el administrador de una sociedad insolvente contrae obligaciones, beneficia a la sociedad y perjudica al tercero. El tema es más urticante cuando lo hace beneficiando a la sociedad controlante, y ésta no autoriza la promoción de una acción social de responsabilidad. ¿Debe obligarse a promover una acción social en minoría para que los fondos se incorporen al patrimonio social y luego accionar para obtener que una asamblea le distribuya el presunto beneficio? Sería un exagerado rigorismo formal. Al mismo tiempo las acciones previstas en el art. 54 in fine LS permitirían ese resultado, pero esto no es tema de este trabajo.

Se sostiene⁵⁵, ratificando el criterio que hemos sustentado y habilitando una acción derivada, que “consideramos contrarias al espíritu de la ley las interpretaciones que, por lo restrictivas, y por la suma de exigencias formales a las que suele condicionarse la promoción y éxito de las acciones de responsabilidad.... Como los directores son electos por la mayoría... las acciones sociales de responsabilidad rara vez son promovidas.... Ningún sistema capitalista o no, puede funcionar en forma adecuada y justa, si se fomenta –al no repararse- la causación de daños a los socios y a terceros. Por el contrario, la impunidad fáctica de los directores –que es una forma de decir, en la mayor parte de los casos, la impunidad de los accionistas mayoritarios- dificulta el surgimiento y expansión de sociedades sólidas..... el principal y más frecuente perjuicio que pueden sufrir los accionistas, es el menoscabo del patrimonio de la sociedad de la que son socios.... las acciones individuales de responsabilidad no pueden fundarse en el perjuicio –al que califican de indirecto- derivado de la disminución del patrimonio de la sociedad, sino en daños directos causados a los accionistas y terceros... De entenderse que los accionistas carecen de la acción individual de responsabilidad por los daños causados a su patrimonio... existirán casos en que los accionistas, por no tener a su disposición la acción individual ni la social, no podrán obtener reparación alguna.... A nuestro entender, las renunciaciones –que, decididas por los accionistas mayoritarios en la asamblea, afectan a todos los socios- deben ser interpretadas restrictivamente.... Previsiblemente, la asamblea que decida la

⁵⁴ En su reciente libro *Grupos de sociedades. En el derecho comparado* edición Abeledo Perrot, Buenos Aires 1998, pág. 758 entre diversas referencias que hace a la cuestión.

⁵⁵ ROUGUES, Julio M. V *Acción social e individual de responsabilidad. Replanteo de una “vexata quaestio”* p. 537 tomo II del IV Congreso Iberoamericano.

renuncia resolverá que no existe violación a la ley o al estatuto. En tal caso, se ha interpretado que el accionista disconforme debe impugnar la decisión en el término fijado por el art. 251 de la ley 19.550⁵⁶....a) Si triunfa en ambas acciones, lo que se obtenga ingresará al patrimonio de la sociedad controlada por los accionistas mayoritarios que designaron a los administradores responsables..... c) El hecho de que prospere la impugnación de la decisión asamblearia no determina el progreso automático de la demanda de responsabilidad, pues son distintos los sujetos pasivos (en el primer caso la sociedad, en el segundo el administrador de hecho)..... e) Si se acumulan ambas acciones.... el producido de su reclamo resarcitorio ingresase al patrimonio del litigante vencido..... En primer lugar, =por qué el daño derivado del menoscabo –en ocasiones la volatilización- del patrimonio social es calificado como indirecto? Se trata de una afirmación dogmática tantas veces descalificada por la Corte Suprema de la Nación con sustento en la doctrina de la arbitrariedad. Si la ley ha otorgado legitimación al accionista para promover una acción invocando el daño sufrido por la sociedad, y en beneficio de ésta, a fortiori debe estar legitimado para reclamare a título personal el resarcimiento de los perjuicios.....

Esta “acción derivada” aparece autorizada por el art. 73 del Dto. 677/2001 sobre transparencia contra los actos o contratos con partes relacionadas, prevé en la última parte que la acción sea promovida por “un accionista” que “demanda resarcimiento de los perjuicios ocasionados”, o sea que no se trataría de demandar los perjuicios sufridos por la sociedad, sino los correspondientes a ese accionista. Si se entendiera que el daño que debe reclamar el accionista es el total y lo es en beneficio de la sociedad, lo que se habría consagrado no es el ejercicio de una acción derivada, sino la promoción de una “acción en representación”, lo que es bien distinto⁵⁷. La norma dispone una inversión de la carga probatoria, imponiendo “a la parte demandada probar que el acto o contrato se ajustó a condiciones de mercado o que las condiciones de la operación no causaron perjuicio a la sociedad”.

Una mejor investigación haría pensar en que las acciones derivadas son una forma de expresión de las acción subrogatoria u oblicua⁵⁸.

X - CONCLUSION.

Centramos con este comentario la referencia inicial que hacíamos del presupuesto de la insolvencia societaria que impone, a los terceros perjudicados, el análisis de las diversas acciones que el sistema otorga para satisfacer el daño. Esos terceros pueden analizar varias vías de acceso para extender los legitimados pasivos obligados a la reparación, aún cuando la sociedad haya abierto un juicio de

⁵⁶ CNCom. Sala B 15.122.89 Barbará, Alfredo y otra c/ Maryland S.A. y otros ED 141 127 citado por Otaegui en la actualización de Halperin p. 558.

⁵⁷ Sobre ambas acciones puede verse el Proyecto de reformas a la ley de sociedades comerciales elaborado por la Comisión designada por el Ministerio de Justicia 465/91 que integráramos, en el Título I, Capítulo Primero, sección IV “De ciertas acciones” arts. 21 a 26, Ed. Astrea.

⁵⁸ Nto. *Las relaciones de organización y el sistema jurídico del derecho privado*, Córdoba 2000, ed. de la Academia de Córdoba, Capítulo IX Fraccionamiento de la responsabilidad frente a consumidores y terceros a través de los contratos de colaboración, parágrafo XIII “Medios no tradicionales de ejercitar la responsabilidad”, pág. 426.

concurso preventivo o de quiebra, incluso cuando medie acuerdo. Estos juicios universales de la sociedad no atraen acciones basadas en la responsabilidad específica de administradores.

Los problemas concursales -o de crisis de empresa- no pueden solucionarse siempre dentro de la legislación concursal, y la problemática de la reparación de los acreedores debe ser afrontada integrando el análisis con las normas sobre responsabilidad general contenidas en el Código Civil y las específicas de la ley societaria.

Las cuestiones abordadas pueden vincularse al caso Aerolíneas Argentinas S.A., sociedad que opera en cesación de pagos desde principios del año 1992.

No podemos cerrar esta comunicación, en esta convocatoria a tratar “El derecho de daños en el derecho público”, sin extender a los funcionarios públicos los análisis precedentes, atendiendo al art. 1112 del Código Civil, particularmente ante el “sorpresivo” descubrimiento de la regla del “déficit 0” por los “administradores estratégicos”, diez años después y en total incongruencia de las disposiciones de la Ley de Convertibilidad, momento en el que se dejó de financiar el déficit público con “emisión monetaria”, por lo que tal déficit debía ser financiado con deuda. El daño que a la comunidad nacional se generó y genera debería recaer sobre esos administradores.

Sin perjuicio de esa responsabilidad, cuestionamos la “ética de la restricción” que genera la aplicación de la “regla del déficit 0” y por consiguiente de la “emergencia económica” a la luz de parámetros de la doctrina judicial sentada por un Miembro de estas Corporaciones⁵⁹.

Córdoba, octubre de 2001.

⁵⁹ “La ley de emergencia no podría frustrar un derecho constitucional, pero sí podría suspender su goce, de modo razonable....*La ley de Consolidación distingue, sin razón valedera, deudas internas y externas*, deudas en la que medió controversia y aquéllas en las que no existió; deudas corrientes y no corrientes, etcétera....Es irrazonable consolidar las indemnizaciones por daños a las personas, donde el ser humano no sólo se le ha expropiado una cosa, sino su proyecto de vida, sus piernas, sus brazos....” (Superior Tribunal de Mendoza, del voto de la Dra. Aída Kammelmajer de Carlucci, in re: Merga, Fernando c/ Municipalidad de las Heras, Sala 1º 15.2.94, que puede verse completo en J.A. 1994-II-486 y ss.. Esta doctrina judicial la hemos exhibido en ponencia presentada al reciente Congreso de Moscú sobre deuda externa, convocado por la Universidad Tor Vergata.